

Ordnungsidee und Steuerungsfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts

EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN

I. VERWALTUNGSRECHT ZWISCHEN ORDNUNGSauftrag UND INFORMALEM VERWALTUNGSHANDELN

Rechtsstaat und Demokratie als die beiden für das Verwaltungsrecht wichtigsten Verfassungsstrukturprinzipien gründen auf der Annahme, dass bestimmte Formelemente die Verwaltungsrealität so weit zu ordnen vermögen, dass ein für das Gemeinwesen unverzichtbarer Standard an Rechtmäßigkeit, Verlässlichkeit, Transparenz und Akzeptanz dauerhaft gewährleistet ist. Zu diesen Formelementen gehören die Trennung von parlamentarischem Gesetz und administrativem Vollzugsakt, ein an Rechtsmaßstäben ausgerichtetes Verwaltungsermessen, Verfahren der Verwaltungskontrolle und des Rechtsschutzes sowie das Legalitätsprinzip. Das Zusammenspiel dieser Ordnungsfaktoren zur rechtlichen Strukturierung des Verwaltungshandelns kann man als das vom Verwaltungsrecht zur Verfügung gestellte Handlungssystem bezeichnen.

Es gilt als Gemeinschaftsleistung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungswissenschaft,¹ die dazu gern auf Rechtsprinzipien zurückgreifen. Aber auch die Gesetzgebung und die Exekutive haben dazu immer wieder wichtige Beiträge geleistet. Entgegen mancher landläufiger Klage sitzen diese beiden Staatsfunktionen, wenn es um die notwendige Ordnung der kaum noch überschaubaren Masse von Rechtsnormen und Rechtsentscheidungen geht, keineswegs immer auf der Anklagebank. Vielmehr sollte ruhig einmal anerkannt werden, dass die Verfahrenssetzunggebung (VwVfG, VwGO), aber auch große Teilkodifikationen des Besonderen Verwaltungsrechts wie das Baugesetzbuch, das Bundesimmissionsschutzgesetz oder das Telekommunikationsgesetz zusammen mit dem Kreis der sie umgebenden Rechtsverordnungen beachtliche Ordnungsleistungen darstellen.² Gerade die notwendigen Innovationen des überkommenen verwaltungsrechtlichen Handlungssystems sind häufig aus Regelungsmodellen gewonnen, die zunächst im Besonderen Verwaltungsrecht entwickelt und erprobt worden sind und sich von diesen Refe-

¹ Püttner, in: FS Bachof, 1984, S. 115.

² Anders Püttner, in: FS Bachof, 1984, S. 116; zur Bedeutung des Besonderen Verwaltungsrechts dort aber S. 127: Man darf sich, wenn man zu einem gerechten Urteil über die Bedeutung der einwirkenden Entwicklungskräfte gelangen will, nicht auf die Gesetzgebung beschränken, die sich allein mit allgemein-verwaltungsrechtlichen Regelungsgegenständen beschäftigt.

renzgebieten aus einen Platz in der allgemein-verwaltungsrechtlichen Dogmatik erobert haben. Die Gesetzgebung ist häufig kreativer als eine die Entwicklungen nur nachvollziehende akademische Dogmatik. Die Bedeutung von Gesetzgebung und Exekutive bei der Schaffung Allgemeinen Verwaltungsrechts darf jedenfalls nicht unterschätzt werden. Selbst traditionelle Themen wie die Probleme des Vertrauensschutzes lassen sich überzeugender in sorgfältiger Analyse der Gesetzeslage als in freischwebenden Prinzipienkonstruktionen behandeln.³

1. Die wichtigsten Formelemente

Das Handlungssystem ist das rechtliche Gerüst der administrativen Handlungspraxis, d.h. jenes großen Feldes tagtäglichen Verwaltungshandelns, auf dem sich Rechtsakte und Realakte, Planung und planakzessorische Instrumente, Vorklärun-gen und Durchsetzungsmaßnahmen, Informationserhebung und Verlautbarungen, Auskünfte, Abreden und Entscheidungen in größter Vielfalt finden. Das den Kern des Allgemeinen Verwaltungsrechts ausfüllende Handlungssystem fasst die vier wichtigsten Steuerungsansätze des Verwaltungsrechts zusammen: die Lehren von den Rechtsformen, den Rechtsverhältnissen, dem Verwaltungsverfahren und den Handlungsmaßstäben.

Was in den meist kleineren Lehr- und Lernbüchern zum Allgemeinen Verwaltungsrecht als eine eher zufällige Zusammenstellung unterschiedlicher Rechtsinstitute erscheint, erweist sich bei gründlicher Analyse als eine sinnvolle Verbindung und funktionale Ergänzung unterschiedlicher Regelungsansätze: Das Verwaltungs-verfahrensrecht dient der prozeduralen Steuerung, während die Lehre von den Maßstäben des Verwaltungshandelns unterschiedliche Arten der Programmsteuerung behandelt. Die Rechtsverhältnislehre und die Rechtsformenlehre sagen etwas zu den kommunikativen Grundanforderungen jedes Steuerungsanliegens, wobei die Rechtsverhältnislehre den Rahmen und die Verständigungsweise festlegt, während die Formenlehre Transparenz und Stabilität der Ergebnisse gewährleisten soll.

Gemeinsam ist allen vier Ansätzen des allgemein-verwaltungsrechtlichen Regelskanons der Rückgriff auf die Formungskraft des Rechts. Das Recht tritt nicht nachträglich von außen beschränkend an ein aus sich heraus existierendes reales Verwaltungshandeln heran, sondern es ist dazu da, dieses als Rechtshandeln überhaupt erst zu konstituieren. Auch das lässt sich in der Gesetzgebungspraxis recht gut nachweisen. »Kann der Rechtsstaat grundgesetzlicher Prägung demnach als ein zielgerichtetes, formales Handlungssystem begriffen werden, dessen Handlungs-zusammenhang und formale Struktur durch das Grundgesetz konstituiert und durch die (Verwaltungs-)Gesetze konkretisiert werden, ist die Formgebundenheit staatli-chen Handelns – aus juristischer Sicht idealtypisch betrachtet – Bedingung und

³ Anschaulich Püttner, VVDSrL Bd. 32 (1974), S. 200, (207 ff.).

Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips.⁴ Formenklarheit und Formenbindung sind folglich alles andere als etwas Äußerliches oder Zweitrangiges, eben nur Formales, sondern »selbst Teil der funktionsgerechten Ordnung des politisch sensiblen Sach-bereichs und verwirklichen damit ein Stück Gemeinwohlgleichheit.«⁵

2. Komplementärfunktion des Informalen

Der Rechtsstaat führt freilich nicht zu einer vollständigen rechtlichen Überformung der administrativen Handlungspraxis. Er kann das nicht leisten. Und er will und darf es nicht leisten; denn der Rechtsstaat ist ein Staat der Mäßigung und des Maßes. Auch mit dem Steuerungsanspruch des Rechts ist folglich maßvoll umzugehen. Das ist von Gerichten und Rechtswissenschaftlern – sei es aus gut gemeintem Über-schwang, sei es aus Phantasielosigkeit – gelegentlich übersehen worden. Günter Püttner hat solchen Überzogenheiten im Umgang mit dem informalen Verwal-tungshandeln zutreffend eine andere Perspektive entgegengesetzt. In einem 1991 in der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft er-schienenen Beitrag schreibt er:⁶ »Es geht also beim Phänomen des Informalen nicht um spezifische Befunde aus bestimmten Rechtsbereichen, sondern um eine allge-meine Erscheinung im staatlichen Bereich, die nur jeweils an bestimmten Stellen ins Rampenlicht der juristischen Aufmerksamkeit tritt und dann als neu empfunden wird, obwohl es informale Prozesse, Verständigung und Kontaktaufnahmen immer gegeben hat und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ohne das Instrument des Informalen kaum denkbar erscheint.«

Nüchternheit und nicht Untergangsstimmung im Umgang mit informalen Praxen ist also angesagt. Auf der einen Seite ist unverkennbar:⁷ »Für die Verwaltungstätig-keit bedeutet entformalisiertes Handeln – idealtypisch gesehen – einen Bruch mit dem Formgedanken des kontinental-europäischen Rechtsdenkens; mit der Entformalisierung des Verwaltungshandelns geht die dem Rechtsstaat gemäße rati-onalisierende Funktion formalisierter Staatstätigkeit verloren.« Aber ebenso gilt:⁸ »Wenn die seitens der Rechtsordnung vorgenommene Formung aus der komplexen Realität staatlichen Handelns nur einzelne Elemente erfasst, entzieht sich der große Rest naturgemäß den auf Formalisierung zielenden Vorgaben. Zur Staatspraxis muss

⁴ Schoch, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. 3, 2005, § 37 Rn. 9.

⁵ So mit Blick auf die grundgesetzliche Finanzverfassung BVVerfGE 105, 185, 193 f.

⁶ Püttner, KritV 74 (1991), S. 63, 64.

⁷ Schoch, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. 3, 2005, § 37, Rn. 10. Zur rechtsstaatlichen Rationalität: auch Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 84 ff.

⁸ Schoch, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. 3, 2005, § 37, Rn. 23.

realistischerweise festgestellt werden, dass Informalität tägliche Übung ist und das formalisierte staatliche Handeln quantitativ bei weitem überwiegt.⁸

Das Handeln der Verwaltung hat sich nie ausschließlich in den Bahnen der kanonisierten Rechtsformen vollzogen und wird das auch künftig nicht tun. Neben dem rechtsförmlichen Handeln steht das breite Spektrum der rechtlich weniger strukturierten und vorrangig auf tatsächliche Wirkung angelegten Verwaltungsrealakte. Auch dieses Handeln ist nicht rechtsfreies Handeln, denn Art. 20 Abs. 3 GG gilt für alle Tätigkeiten der Verwaltung ohne Rücksicht auf ihren Formalisierungsgrad. Gesetzesvorrang, die Gebote der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung und die elementaren Verfahrensregeln der Unparteilichkeit und Neutralität und – nach Maßgabe seines genau zu ermittelnden Bedeutungsgehalts – der Gesetzesvorbehalt sind auch hier beachtlich.

Rechtlich eingegrenzt, aber nicht in die kompakten Vorgaben der Rechtsformenlehre eingespannt, bildet das nicht-förmliche Handeln oft die kleine Münze, oft auch die notwendige Flexibilitätsreserve der Verwaltungstätigkeiten. »Offenbar besitzt« – wie *Püttner* in dem schon zitierten Beitrag sagt – »das Informale im Rechtsstaat zwei Gesichter, ein negatives und ein positives.«⁹ Und Einseitigkeiten der deutschen Diskussion, die am Informalen meistens das Bedenkliche wahrnimmt, kritisierend fügt er hinzu: »Überwiegend wird in Deutschland zur Zeit das negative hervorgekehrt (wie beschrieben), aber, wie das Beispiel Umweltschutz unter der Aspekt der Gerechtigkeit zeigen, kann das positive Gesicht jederzeit aufleuchten.« Die juristische Form ist immer nur die eine Seite sozialer Beziehungen und gesellschaftlicher Prozesse. Jeder Handlungskontext kennt daneben nicht-förmliche Elemente, Vorbereitungs- und Durchführungstätigkeiten, Realleistungen und andere Arten sog. schlichten Staatshandelns. Sie sind rechtsstaatlich keine Anomalien oder Pathologien, sondern folgen aus der Einsicht, dass der Rechtsstaat gerade keine vollständige Verrechtlichung anstrebt. Allein ihre mangelnde Rechtsförmlichkeit stuft solche Handlungen noch nicht zu einer Kategorie minderen Ranges herab. Die meisten der hierher zu zählenden Vorbereitungs- und Durchführungshandlungen, Verlautbarungen und Realleistungen sind seit Jahrzehnten bekannt, ohne dass sich ein Bedarf nach durchgängiger Formalisierung ergeben hätte.

3. Gegen »Ent«-Formeln

An dieser Stelle sollte einmal überhaupt etwas über die in manchen juristischen Diskussionen beliebte Sprachpraxis der »Ent«-Verbindungen gesagt werden: Sie bezeichnen eine Entwicklung weg von einem bisherigen Zustand und, sofern dieser Zustand seinerseits mit einer positiven Konnotation verbunden ist, ein Krisensymptom. »Entformalisierung«, »Entrechtlichung«, »Entparlamentarisierung« suggerie-

Püttner, KritV 74 (1991), S. 70. Gegen eine einseitig »pathologieorientierte Perspektive« auch *Vofsiuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 82 f.

ORDNUNGSDIEE UND STEUERUNGSFUNKTION

ren einen Verlust von Grundpfeilern, auf denen die Rechtsordnung bisher beruhte, und wollen beim Leser ein Besorgnispotential aktivieren: Eine Verfallsgeschichte hat eingesetzt, das gute Alte erodiert. Genauere Analysen der mit solchen Begriffen zumeist allenfalls grob beschriebenen Entwicklungen zeigen regelmäßig, dass der stillschweigend unterstellte Idealzustand historisch so nie existiert hat.¹⁰ Gefährlich wird der Gebrauch solcher Formeln, wenn sie das Verlorene als »Normalität« beschreiben wollen, der gegenüber neuere Entwicklungen als Abweichungen mindestens begründungsbedürftig sein sollen, wenn sie nicht gleich als illegitim hingestellt werden. Wissenschaftlich ist mit solchen Krisenszenarien niemandem gedient.

Wenn Rechtsstaatlichkeit als Formungsauftrag begriffen wird, muss es vielmehr darum gehen, die gesamte Verwaltungspraxis immer wieder daraufhin zu überprüfen, wo rechtlich wenig durchgebildete Bereiche – sie mögen neu oder altbekannt sein – zu einem Verlust an Rationalität führen. Ein Übermaß an Formalisierung kann dabei ebenso negativ wirken wie ein Untermaß. Nicht eine rigide »Reformalisierung«, die regelmäßig ihrerseits nur zu (neuen) Ausweichstrategien führt, sondern die sorgfältige Realanalyse der Schwachstellen, gekoppelt mit einer funktional ausgerichteten Zuordnung einzelner bewährter Ordnungselemente, kann die Entwicklungslinie der Dogmatik sein.¹¹

II. VERWALTUNGSRECHTSWISSENSCHAFT ALS STEUERUNGSWISSENSCHAFT

Die so umrissene Aufgabe kann nur durch eine systematisch arbeitende Rechtswissenschaft geleistet werden.¹² Für das grundgesetzliche Verwaltungsrecht ist die systematische Ausrichtung durch die Struktur der normativen Verfassung vorgegeben: Die Trias der Bindungsnormen – die Bindung an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG), an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), an das Gebot demokratischer Legitimation (Art. 20 Abs. 2 GG) – und die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG beanspruchen für die ganze Breite administrativen Handelns Geltung. Sie definieren den Bereich der »vollziehenden Gewalt« nicht in allen Punkten identisch. Aber sie erfassen – über den Kernbestand des öffentlich-rechtlichen Handelns der öffentlich-rechtlich organisierten Hoheitsträger hinaus – weite Gebiete privatrechtlich verfass-

¹⁰ Dagegen zutreffend v. *Bogdandy*, Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?, AöR Bd. 130 (2005), S. 445 ff.

¹¹ So beispielhaft *Schoch*, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. 3, 2005, § 37, Rn. 22 ff. und 119 ff.; auch *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 122 f.

¹² *Schoch*, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. 3, 2005, § 37, Rn. 121.

ten Handelns und Organisierens, in deren Randzonen sich staatliche und gesellschaftliche Aktivitäten – die fortgesetzte Variabilität ihres zentralen Tatbestandsmerkmals anzeigend – verbinden, trennen und erneut zusammenfinden.

Verwaltung lässt sich bekanntermaßen nicht in einer »einheitlichen Formel« erfassen. Sie lässt sich auch nicht ein für allemal exakt von ihrem Umfeld abgrenzen. Das gilt nicht nur für die Grenzziehung zu Gesetzgebung und Justiz als den beiden anderen staatlichen Funktionsträgern. Es gilt heute vor allem für Zuordnungsprobleme im staatlich-gesellschaftlichen Kooperationsbereich. Jede wissenschaftliche Behandlung ist folglich auf den Weg der Beschreibung, des Vergleichs und der Typisierung verwiesen.¹³ Die Entwicklung der administrativen Aufgaben, Handlungsfelder und Organisationsformen muss durch Analyse des einschlägigen Fachrechts beobachtet und zu den Regelungszielen der verfassungsgesetzlichen Gewährleistungen in Beziehung gesetzt werden. Die Interpretationsgeschichte der oben genannten Bindungsnormen des Grundgesetzes spiegelt diesen Auftrag verfassungsgesetzlich konzentriert wider. Vor diesem Hintergrund geht es auch für das Verwaltungsrecht nicht um eine trennscharfe Fixierung seines Geltungsbereichs, sondern um eine Dogmatik, die ihre Konsistenz daraus bezieht, dass sie mit überprüfbaren, immer wieder überprüfen und in diesem Sinne reflektierten Wertungsschwellen arbeitet.

1. Der Steuerungsgedanke als Grundlage der Systembildung

Die Verwaltungsrechtswissenschaft kann es folglich nicht dabei bewenden lassen, einzelne Rechtsregeln und Rechtsinstitute dogmatisch auszuformen. Sie muss sich als Steuerungswissenschaft verstehen und die Wirksamkeitsbedingungen von Verwaltungsrecht in der Anwendungspraxis mit bedenken. Die Perspektivenänderungen anschaulich herausstellend sagt Hans-Heinrich Trute:¹⁴ »Damit verlagert sich auch das Interesse der Rechtswissenschaft von einzelfallorientierten, auf das Staatsbürger-Verhältnis bezogenen Dogmenbildungen auf eine eher strukturelle Ebene, auf verfassungsrechtliche Aussagen zur Steuerung gemeinwohlverpflichteter Akteure, auf institutionelle Vorkehrungen zur Sicherung der Gemeinwohlfähigkeit, auf komplexe Regelungsstrukturen, auf Wirkungszusammenhänge, Substitutions- und Ergänzungsverhältnisse zwischen Handlungsmaßstäben, Akteuren, Instituten und Handlungsinstrumenten.« Eine Schwerpunktverlagerung von der »anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft« zur rechtssetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft¹⁵ ist angesagt. Das verlangt eine Veränderung des dogmatischen und methodischen Konzepts. Die überkommenen Regelungsansätze

¹³ Dazu Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 100 ff.

¹⁴ Trute, Die Verwaltung Beiheft 2 (1999), 9 (11).

¹⁵ So Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 1 Rn. 15.

werden zwar nicht aufgegeben. Aber sie müssen ergänzt werden und verlieren in der Systematik dadurch ihre alles beherrschende Position. Sie fungieren künftig regelmäßig nur als Grundmodelle, die zusammen mit weiteren Bausteinen eine mehrgliedrige »Regelungsstruktur«¹⁶ bilden. So wird die ganze Palette der Wirkungsbedingungen in die Systembildung einbezogen:

- Gesetzesbindung und Legitimation der Exekutive sind nicht mehr allein als linear von oben nach unten verlaufende Einwirkungen, sondern als komplexe Prozesse zu betrachten, in denen sich auch gegenläufige, horizontale und rekursive Einflussmöglichkeiten zur Geltung bringen.
- Verwaltungsorganisationen sind nicht länger allein als nach außen geschlossene und intern hierarchisch verfasste Einheiten, sondern als gegliederte Vielfalt unterschiedlich zusammengesetzter Stellen und Instanzen zu sehen.
- Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns bestimmt sich nicht allein aus der richterlichen Kontrollperspektive, sondern primär aus der administrativen Handlungsperspektive.
- Neben das hoheitliche Handeln tritt das privatrechtliche Handeln, neben das Entscheiden das Vereinbaren, neben die Form das Informale.

Die Grundsituation verwaltungsrechtlicher Systematik heute heißt »Überkommenes und Neues.« Da sich aber in einem System jede Ergänzung eines Teiles notwendig auf die bisherige Stellung der anderen Teile auswirkt, kann es nicht einfach darum gehen, Neues neben Altes zu stellen. Die Systemteile müssen vielmehr in ihrem Verhältnis zueinander immer wieder neu justiert werden. Neben Zugewinnen gibt es Abstriche. Methodisch geht es um Rechtsarbeit an Wirksamkeitsbeurteilungen. Dabei sind Erkenntnisse der Nachbarwissenschaften, wie sie heute vor allem die sozialwissenschaftliche Steuerungsdebatte vermittelt, einzubeziehen.

2. Rechtliche und andere Steuerungsansätze

Die Anknüpfung an die sozialwissenschaftliche Steuerungsdebatte erschließt einen theoretischen Rahmen, in dem die einwirkenden Kräfte, die innere Dynamik und die Umweltbedingungen sozialer Prozesse und damit auch die Wirkungsweisen von Recht analysiert werden können.¹⁷ Im Zentrum der Betrachtung stehen Wirkungszusammenhänge zwischen Steuerungssubjekten, -objekten, -medien und -instrumenten. Komplexe Sozialgefüge zeichnen sich durch eine Verschränkung mehrerer Steuerungsrelationen aus.¹⁸

¹⁶ Zum Begriff der Regelungsstruktur Trute, DVB 1996, 950.

¹⁷ Dazu aus jüngerer Zeit F. Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 9 ff., bes. 29 ff.

¹⁸ Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 455 ff.: institutionelle und normative Steuerung, Budget- und Personalsteuerung.

In der verwaltungsrechtlichen Systematik sind solche Verschränkungen durch die Doppelstellung der Exekutive begründet. Die Verwaltung ist *Steuerungsobjekt*, insofern sie von den rechtsgestaltenden Kräften der nationalen und der europäischen Ebene durch das Recht zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben befähigt und verpflichtet werden soll. Sie ist zugleich aber auch *Steuerungsobjekt*, das Steuerungsimpulse aktiv umsetzt und innerhalb der Vorgaben des Rechts eigene Aktivitäten zur Steuerung von Sozialbereichen entfaltet. Gerade an den Verschränkungen wird deutlich, dass administratives Handeln nicht allein aus dem Blickwinkel der Verwaltung betrachtet werden darf. Vorgänge der Aufnahme, Umformung und Weitergabe von Informationen bestehen in Interaktion und Rückkoppelung. Steuerung gelingt, wenn die Impulse auf die Motivationslage der Akteure abgestimmt sind. Deren Vielfalt und Vielgliedrigkeit kann Steuerungswirkungen neutralisieren, aber auch Chancen synergetischer Effekte bieten. Die Verwaltung handelt nicht als monolithischer Block, sondern als Gefüge unterschiedlicher Organisationseinheiten, dem nicht nur Einzelpersonen, sondern auch Vereinigungen, Gruppen und Verbände gegenüberstehen. Das Feld verwaltungsrechtlicher Systembildung wird dadurch erweitert. Es muss sich einerseits auf den inneradministrativen Organisationsbereich erstrecken, d.h. Verwaltungsorganisationsrecht als Möglichkeit struktureller Steuerung nutzen, und andererseits die Erscheinungen gesellschaftlicher Selbstorganisation im Blick behalten. Ein Übergang zu einem noch weiter ausgreifenden und dadurch leicht die Konturen verlierenden »Governance«-Ansatz ist damit nicht indiziert.¹⁹

Das analytische Steuerungskonzept behandelt neben dem Recht auch den Markt, die Finanzen, das Personal und die Organisation als *Steuerungsmedien*.²⁰ Im Rechtsstaat kommt dem Recht eine zwar zentrale, aber keine exklusive Position zu. Seine Wirkungen müssen im Zusammenhang mit den anderen Medien betrachtet, auf funktionale Äquivalente untersucht und durch Abstimmung mit ihnen gegebenenfalls verbessert werden.

Ähnliche Überlegungen gelten für die vom Recht zur Verfügung gestellten *Steuerungsinstrumente*. Im Zentrum standen bisher die Instrumente der regulativen Politik und das ihnen zugeordnete Konzept eines »Vollzugsrechts«, das in Geboten und Verboten, Genehmigungen, Verordnungen und imperativen Verwaltungsplänen dogmatisch gut aufgearbeitet ist. Weil auf die Mittel regulativer Politik steuerungswissenschaftlich nicht verzichtet werden kann und weil sich in den ihnen zugeordneten Rechtsformen der Anspruch des demokratischen Rechtsstaates, Entscheidungen gegebenenfalls auch gegen den Willen des Adressaten durchzusetzen, am

19 Ebenso Voßkuhle. Zu ihm Nachweise bei Schuppert, Staatswissenschaft, 2003, bes. S. 395 ff., der in der Governance-Forschung eine Fortentwicklung der Steuerungstheorie sieht.

20 Als Ressourcen und Mittel der Verwaltung beschrieben bei Püttner, Verwaltungslehre, 3. Aufl. 2000, S. 167 ff.

klarsten zum Ausdruck bringt, wird das Verwaltungsrecht immer *auch* ein Recht der einseitig regelnden Staatsakte bleiben.

Das ist aber nur die *eine* Seite. Die Steuerungsdiskussion, aus den Erfahrungen des Umweltrechts als eines wichtigen Referenzgebiets für das Allgemeine Verwaltungsrecht schöpfend, zeigt, dass neben den regulativen Instrumenten die Schaffung von Anreizen und der gezielte Einsatz von Informationen stehen.²¹ Diese Vorgänge sind bisher nur teilweise rechtlich strukturiert, z.B. als solche der Subventionsgewährung. Es kommt jedoch darauf an, für *alle* Steuerungsinstrumente einen rechtlichen Ordnungsrahmen zu schaffen. Das gelingt freilich nicht schon dann, wenn man die bisherigen Ansätze einfach fort schreibt und alles informale Verwaltungshandeln zu »reformalisieren« trachtet. Das Verwaltungsrecht muss sich vielmehr mit den unterschiedlichen Motivationsmustern des erweiterten Instrumentariums beschäftigen und für sie geeignete Regeln zur Verfügung stellen, die den Schutz der Beteiligten und die Handlungsfähigkeit der Exekutive in einer Weise sicherstellen, wie das die überkommene Dogmatik für die Instrumente regulativen Handelns auch getan hat.

3. Grenzen des Steuerungsgedankens

Die Anknüpfung an sozialwissenschaftliche Steuerungsvorstellungen darf freilich nicht dazu führen, die Aufgaben des Verwaltungsrechts sozialtechnologisch misszuverstehen. Das Recht ist Steuerungsmedium; aber es ist auch materielle Ordnung. Seine Bedeutung kann folglich nicht auf eine Instrumentalfunktion beschränkt werden. Die Bezugsgrößen sozialwissenschaftlicher Modelle sind Institutionen, nicht aber einzelne Rechtsverhältnisse und Rechtsvorgänge. Das gilt insbesondere für die Systemtheorie. Damit wird eine wichtige Ergänzung der überkommenen verwaltungsrechtlichen Systematik geboten, die in ihrer rechtsschutzzentrierten Verengung bisher zu sehr am Einzelvorgang ausgerichtet war und übergreifende Zusammenhänge nur schwer erfassen konnte. »Allein mit den herkömmlichen Methoden einer hermeneutischen, auf die Auslegung von Norm-Texten und Sachverhalten spezialisierten Versteherwissenschaft, die sich am Tätigkeitsbild des Richters orientiert, lassen sich die Anforderungen und Zumutungen der Europäisierung und Internationalisierung sowie der daraus resultierende Reformbedarf kaum bewältigen.«²² Dass diese Ergänzung nicht zum Ersatz werden darf, ist selbstverständlich. Sie wird es aber auch nicht schon dadurch, dass sie auf Zusammenhänge abhebt, die auch in der Systemtheorie eine Rolle spielen. Die Kritik der verwaltungsrechtlichen Steuerungsdiskussion geht hier zuweilen von einer theoretischen Modellgebundenheit aus, die so nicht existiert. Das Verwaltungsrecht hat, seiner individualrechtli-

21 Vgl. nur Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, S. 64 ff.

22 Voßkuhle, Methode und Pragmatik im öffentlichen Recht, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171 (179).

chen Grundlage entsprechend, immer auch den Einzelvorgängen und Einzelpositionen einen gesicherten Platz in seiner Systematik einzuräumen.

Überhaupt müssen die Leistungsgrenzen aller Steuerungsvorstellungen im Blick behalten werden.²³ Solche Vorstellungen stehen in Gefahr, mechanistisch zu wirken. Um als Modell überschaubar zu bleiben, sind ihre Elemente in einer stark selektiven Betrachtungsweise festgelegt und ihre Gesetzmäßigkeiten auf einfache Ursache-Wirkung-Beziehungen zurückgeführt worden. Wenig wäre gewonnen, wenn die zu einfachen tradierten Vorstellungen von einer hierarchisch geordneten, gesetzsanwendenden Verwaltung mit linear-kausalen Bewirkungsvorstellungen eines ebenfalls zu einfach gedachten sozialwissenschaftlichen Steuerungsmodells verbunden würden. Schon die Anerkennung eines durchgängigen Informationsproblems steht einem solchen Missverständnis entgegen. Steuerung durch Recht soll sich gerade nicht in einer Verengung auf die typisch hoheitlichen Mittel des Rechtsvollzuges erschöpfen. Vielmehr müssen *alle* unterschiedlichen Arten des Rechts einbezogen werden, materielle Gesetzesprogramme, die auf direkten Vollzug angelegt sind, ebenso wie das Finanz-, Organisations- und Verfahrensrecht. Es bilden sich so »Arrangements« von Steuerungsansätzen, die man – auch um zu mechanische Steuerungen Vorstellungen schon begrifflich auszuschließen – als *Regelungsstruktur* bezeichnen und in Organisations-, Prozess-, Programm- und Personalstrukturen weiter aufgliedern kann. Regelungsstrukturen schaffen die Prämissen und den Rahmen für die materielle Programmsteuerung. Sie entfalten eigenständige, mediatierende Wirkungen, die z.B. in der Gesetzesanwendungslehre und im Verwaltungsorganisationsrecht stärker als bisher berücksichtigt werden müssen.

Die Verwaltungsrechtswissenschaft hat die Vielfalt der im Recht selbst verfügbaren Regelungsmöglichkeiten herauszuarbeiten. Modelle wie »Hierarchie«, »Koordination« und ihre Verschränkungen in einer »regulierten Selbstregulierung« ermöglichen es, Rechtsregeln und Rechtspraxis in ihrem Zusammenspiel zu erfassen und verwaltungsrechtliche Arrangements in ihren Wirkungsbedingungen zu bewerten.²⁴ Nur so kann es gelingen, auch neue Steuerungsansätze in die rechtsstaatliche Systematik zu integrieren, die sich – jedenfalls ihrer äußeren Erscheinungsform nach – an anderen als rechtlichen Kriterien ausrichten.

²³ Vgl. *Trute*, Die Verwaltung Beiheft 2 (1999), 15.

²⁴ Dazu *F. Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 34 ff.

III. METHODENFRAGEN: WIRKSAMKEITSURTEILE IM VERWALTUNGSRECHT

Wenn die Verwaltungsrechtswissenschaft einen steuerungswissenschaftlichen Ansatz zugrunde legt, dann muss sie sich auch mit den besonderen methodologischen Anforderungen auseinandersetzen, die Wirksamkeitsurteile in juristischen Argumentationszusammenhängen stellen. Fragen nach der Wirksamkeit von Verwaltungsmaßnahmen erscheinen einem an Rechtmäßigkeitsurteilen ausgerichteten verwaltungsrechtlichen Denken ungewohnt. Und doch macht der steuerungswissenschaftliche Ansatz hier nur deutlich, was vor allem in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts bereits angelegt ist: Als ein Schlüsselbegriff für die gesamte Lehre von der Verwaltungslegitimation hat sich der Begriff des »Legitimationsniveaus« erwiesen. Das Bundesverfassungsgericht sagt dazu:²⁵ »Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau. Dieses kann bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Staatsgewalt im allgemeinen und der vollziehenden Gewalt im besonderen unterschiedlich ausgestaltet sein; innerhalb der Exekutive ist dabei auch die Funktionenteilung zwischen der für die politische Gestaltung zuständigen, parlamentarisch verantwortlichen Regierung und der zum Gesetzesvollzug verpflichteten Verwaltung zu berücksichtigen.« Ähnlich wird im neueren Schrifttum, wenn es um das Zusammenspiel der Verwaltungskontrollen geht, von einem »Kontrollniveau« gesprochen.²⁶

Legitimationsniveau und Kontrollniveau sind keine subsumtionsfähigen Begriffe. Sie setzen komplexe Bewertungen voraus, die mit dem Urteil »hinreichend« oder »nicht hinreichend« enden. Sie stellen Transformationsbegriffe dar, die praktische Erfahrungen und Plausibilitätsabwägungen zu den Wirkungsbedingungen und Wirkungserfolgen einer Regelungsstruktur zusammenfassen. Gleichwohl geht es um verwaltungsrechtliche Fragen, die sich nicht in die Politik- oder Verwaltungswissenschaft abschieben lassen. Wenn man anerkennt, dass das einfache Modell »Gesetz – Vollzugsakt« die Vielfalt der Verwaltungsentscheidungen nur noch teilweise erfasst, dann muss man sich auch darum bemühen, die Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft darauf einzustellen.

Für komplexe Anwendungssituationen muss ein prozeduraler Methodenansatz gewählt werden. Interessanterweise lassen sich dafür in der Rechtsprechung und Gesetzgebung durchaus Beispiele finden.²⁷ So spielen in der Dogmatik der planrischen Abwägung die Fragen des »Abwägungsvorgangs« eine besondere Rolle. Damit ist nicht der äußere Ablauf des Planungsverfahrens gemeint. Vielmehr geht es

²⁵ BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 67.

²⁶ *Schmidt-Aßmann*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 9 (14) mit Hinweis auf die Begriffsprägung durch Hermann Hill.

²⁷ Zum Ganzen *G.-P. Callies*, Prozedurales Recht, 1999.

um ein »inneres« Verfahren, ein gedankliches Konstrukt, das die Verwaltung auf die Einhaltung bestimmter prozedural gedachter *Rationalitätsstandards* festlegt, z.B. die vollständige Erfassung der nach Lage der Dinge betroffenen Interessen, das Gebot distanzierter Abwägung etc.²⁸ Einer ähnlichen Idee folgt die Umweltverträglichkeitsprüfung. Die Prüfung besteht, nachdem die Behörde das äußere Verfahren, d.h. vor allem die Beteiligung der Öffentlichkeit und anderer Behörden durchlaufen hat (§§ 7–9a UVPG), darin, dass die ermittelten Umweltauswirkungen »beschrieben«, »bewertet« und »berücksichtigt« werden (§§ 11, 12 UVPG). § 2 Abs. 3 BauGB führt die aus dem deutschen Recht und aus dem EG-Recht stammenden Ansätze prozeduraler Rationalität nummehr zusammen. Auch hier zeigt sich eine innere Prozeduralisierung, die die Darstellung von der Herstellung der Entscheidung trennt und letztere an besondere Sorgfaltsregeln bindet.²⁹

Allerdings werden sich die Wirksamkeitsfragen nicht *allein* prozedural lösen lassen. Auch substantielle Aussagen sind gefordert. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass Wirksamkeitsurteile regelmäßig in einem bestimmten rechtsnormativen Zusammenhang getroffen werden, z.B. über das Legitimationsniveau einer bestimmten Instanz oder die Wirksamkeit eines bestimmten prozeduralen Instruments. Der normative Verwendungskontext legt die juristische Perspektive fest. Dadurch wird die Zahl möglicher Bewertungskriterien reduziert. Ein erster methodischer Schritt muss also darin bestehen, die konkret einschlägigen Kriterien herauszuarbeiten. In einem zweiten Schritt sind Wirksamkeitsindikatoren zu ermitteln. Hier spielen häufig eigene Erfahrungen und Plausibilitätsabwägungen eine Rolle. In diesem Sinne beruht z.B. die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots auf in der Regel einfachen Wirksamkeitsbeurteilungen, die der Richter selbst vornimmt und »für Recht erkennt.« Ohne solche Verfahrensweisen ist auch in komplexeren Situationen nicht auszukommen. Bei der Bewertung des »Legitimationsniveaus« z.B. geht das Bundesverfassungsgericht so vor, dass es die gesetzlichen Bestimmungen referiert, dabei vor dem richterlichen Auge gleichsam Revue passieren lässt und dann (oft wenig ausführliche) Feststellungen darüber trifft, inwieweit das gesetzlich vorgezeichnete Entscheidungsgefüge den Anforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG genügt.³⁰ Methodisch exakter ist es, die Erfahrungsbestände aufzuschlüsseln und dabei Erkenntnisse auch der Organisationswissenschaften und der Institutionenökonomik heranzuziehen: Transaktionskostenansatz und Principal-Agent-Theorie lehren, die organisationspezifischen Vorgänge der Informationsbeschaffung und -verarbeitung

28 BVerwGE 45, 309, 315; Hoppe/Bönker/Großfelds, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 133 ff. Zum Gedanken eines inneren Verfahrens bereits Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 285 ff.

29 Dazu grundlegend Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Assmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 (20 ff.); zurückhaltender, die Ordnung der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 (20 ff.); zurückhaltender, die Ordnung aber anerkennend Trute, dort S. 293 ff.

30 So BVerfGE 107, 59, 94 ff.

sowie deren Kontrolle besser zu verstehen.³¹ Sie verhelfen dazu, die »Bewegungssätze« von Organisationen besser zu erfassen und so abgesicherte *substantielle* Wirksamkeitsurteile zu treffen. Eine »sorgfältige Bereichsanalyse zu den rechtlichen Kommunikationsbedingungen im jeweiligen Sachgebiet« ist es, was auch zur Bewältigung der Rechtsprobleme im formalen Verwaltungshandeln angemahnt wird.³² Auch hier geht es um Wirksamkeitsurteile und ihre methodisch verantwortbare Einbeziehung in rechtliche Entscheidungszusammenhänge.

Ordnungsidee und Steuerungsfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts stellen Daueraufgaben dar. Sie engagiert und methodisch reflektiert voranzutreiben, verlangt Systembildung. Der spezielle Auftrag der Verwaltungsrechtswissenschaft dabei ist es, Entwicklungen in Verwaltung, Gesetzgebung und Judikatur vorzudenken, die größeren Entwicklungslinien herauszuarbeiten und auf Konsistenz der auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene verlaufenden Rechtsentwicklung hinzuwirken.³³ Wer das ähnlich beurteilt, wird auch den folgenden Sätzen zustimmen:³⁴ »Es fehlt ja nicht an brisanten Entwicklungen und brennenden Problemen, die Staat und Gesellschaft, Politik und Verwaltung beschäftigen. Es ist Sache der Verwaltungsrechtler, den rechtswissenschaftlichen, dogmatischen Gehalt oder Bezugspunkt dieser Probleme aufzuspüren, grundsätzlich zu durchdenken und so zu neuen, der Zeit angemessenen Grundeinsichten zu gelangen, die nicht beruhigend, sondern aufregend sind und damit die ›Last, aber auch den Reiz‹ der Verwaltungswissenschaft ausmachen.«

31 Dazu Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 563 ff. (575 ff.) (621 ff.).

32 So Schoch, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. 3, 2005, § 37, Rn. 169.

33 Schmidt-Assmann, Ordnungsidee, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 1 f.

34 Pittner, in: FS Bachof, 1984, S. 129.